

**MARIA TETSUKO ALENCAR FURTADO**

**A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito**

**Orientador: Prof. Luiz Chemin Guimarães**

**CURITIBA  
2005**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA TETSUKO ALENCAR FURTADO

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO DIREITO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Chemin Guimarães

Prof. Dr.

Rolf Knoerner Júnior

Prof. Dr.

Edward Fabiano Rocha de Carvalho

Curitiba, 27 de outubro de 2005

***Dedico a presente obra ao meu amado pai,  
Osvaldo Alencar Furtado, o qual me  
ensinou o valor dos ideais de Justiça e  
Igualdade, e, principalmente, o dever  
social de cada indivíduo de lutar por uma  
sociedade na qual estes sejam  
respeitados.***

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, Mieko Sato Alencar Furtado, grande amiga e companheira, luz serena que me protege e orienta, pela comovente dedicação em proporcionar-me uma vida repleta de amor e carinho.

Aos meus filhos, Eduardo e Leandro, fonte do mais puro e ingênuo amor, que me fortalece e impulsiona, pela paciência, compreensão e amor incondicional.

Ao meu marido, Edgar Leandro Machoski, alma gêmea que me carrega nos momentos difíceis, pelo sorriso e força nas horas em que estes me faltavam.

Às minhas mães de coração, Edite e Julia Zem, mulheres notáveis que nunca me negaram auxílio, pela essencial ajuda que permitiu a realização deste sonho.

Aos meus irmãos, Mano, Pedro e Rafa, pelo companheirismo, união, apoio e afeto sempre compartilhados durante a vida.

À minha tia, Hatsuko Sato, anjo protetor que prestou inestimável auxílio à família, pelos carinhosos conselhos.

Ao professor e orientador Doutor Luiz Chemin Guimarães, pelo harmonioso acompanhamento e revisão do estudo.

*Enquanto estiver ameaçado pelos ataques da injustiça e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo nunca o direito poderá fugir à violência da luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.*

*A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.*

*Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.*

*O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira.*

## SUMÁRIO

<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>vii</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>viii</b>
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 DA TEORIA DO CRIME.....</b>	<b>11</b>
2.1 DO CONCEITO DE DELITO.....	11
2.1.1 Conceito formal de delito.....	12
2.1.2 Conceito material de delito.....	13
2.1.3 Conceito analítico de delito.....	14
<b>3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOCTRINA GERAL DO FATO PUNÍVEL.....</b>	<b>18</b>
3.1 O SISTEMA CAUSAL.....	18
3.2 O SISTEMA FINALISTA.....	21
3.3 DO FATO PUNÍVEL.....	24
3.3.1 Da conduta.....	25
3.3.2 Do Resultado.....	25
3.3.3 Relação de Causalidade – Da Teoria da Equivalência das Condições.....	26
3.4 DO FUNCIONALISMO.....	28
<b>4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....</b>	<b>30</b>
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	31
4.1.1 Do risco permitido e do risco proibido.....	36
4.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN... 38	
4.2.1 Da diminuição do risco.....	40
4.2.2 Da criação de um risco juridicamente relevante.....	41
4.2.3 Do incremento do risco permitido.....	43
4.2.4 Do âmbito de proteção da norma.....	44
4.3 A CONCEPÇÃO DE GÜNTHER JAKOBS.....	45
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## **RESUMO**

O presente estudo compreende uma análise da Teoria da Imputação Objetiva, proposta pela corrente funcionalista do delito, examinado seus fundamentos e critérios, adentrando-se nos seus desdobramentos, bem como de seus reflexos dentro da sociedade moderna. O trabalho retrata, ainda, o processo histórico do conceito de delito e das teorias do crime, analisando sua evolução até o surgimento do movimento funcionalista e a nova proposta por este apresentado. Conclui-se pela relevância dos fundamentos abarcados pela Teoria da Imputação Objetiva, em razão de trazer à aplicação do Direito elementos que a coadunem aos efetivos interesses da sociedade, afastando o exacerbado tecnicismo do finalismo.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a Teoria da Imputação Objetiva, matéria que vem sendo objeto de ampla e controversa discussão doutrinária no âmbito do direito penal.

Enfatizada pela corrente dogmática denominada funcionalista, a qual, postulam seus defensores, é apta a gerar futuramente um novo sistema penal, prescindindo ainda de maiores estudos, a Teoria da Imputação Objetiva atualmente tem sua aplicabilidade no âmbito do nexos de causalidade, configurando-se como complemento da causalidade material, sendo elemento hábil a suprir as aventadas lacunas e deficiências existentes nesta, trazendo instrumentos modernos aptos a limitar o arbítrio do julgador e proporcionar a aplicação do Direito em observância aos valores políticos-criminais. Propõe-se, desta forma, a subtrair do Direito Penal a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação.

A teoria da imputação objetiva desenvolve-se com fulcro no *incremento do risco*, segundo o qual se configura típico o comportamento que produz um incremento de risco ou lesão a um bem juridicamente tutelado. Fundamenta-se, primordialmente, na idéia de que o resultado normativo somente pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico, devendo o evento, ainda, corresponder àquele proibido pela norma penal.

Com efeito, verifica-se no convívio em sociedade a presença de inúmeras atividades cuja periculosidade lhe são inerentes, ou seja, trazem em seu bojo um risco o qual, contudo, é tolerado pelo ordenamento jurídico, configurando-se como um *risco permitido*. Tal fato justifica-se pela impossibilidade de manutenção do convívio social bem como do regular desenvolvimento das atividades humanas caso fossem coibidas todas as ações que contenham um risco, razão pela qual são estas toleradas pela sociedade.

Destarte, somente configura-se a tipicidade da conduta quando esta extrapola o limite permitido, infringindo o dever objetivo de cuidado, produzindo um *risco proibido* caracterizado pelo desvalor da ação.

Portanto, consiste a imputação objetiva na “atribuição a alguém da realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido a



um interesse penalmente protegido, resultando um evento jurídico (resultado normativo”<sup>1</sup>.

Evidencia-se, destarte, a salutar importância do tema proposto o qual, conforme indica o nome, configura-se em uma teoria da imputação, tendo como pedra basilar os valores trazidos pela Política Criminal.

Para tanto, utiliza-se dos conceitos de *risco permitido* e *risco proibido*, auxiliado, ainda, pelos critérios de *proibição de regresso*, *princípio da confiança* e *capacidade da vítima*.

De forma a possibilitar a devida compreensão do tema proposto e de sua contextualização dentro do âmbito do direito penal, impõem-se, inicialmente, uma análise da evolução histórica do conceito de delito, bem como das teorias do crime desenvolvidas. Posteriormente, efetuar-se-á o exame da Teoria da Imputação Objetiva propriamente dita, indicando seus antecedentes históricos e também os critérios de imputação objetiva, sendo analisadas, por fim, as doutrinas apresentadas por seus maiores representantes, os doutrinadores alemães Claus Roxin e Günther Jakobs.

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio de. Crime Impossível e Imputação Objetiva. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov.2001. Disponível em: <[www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)>

## 2 DA TEORIA DO CRIME

Verifica-se, dentro do convívio social, a prática pelos seres humanos de incontáveis ações, as quais repercutem dentro da sociedade em que estão inseridos. Contudo, de forma a permitir a coexistência social pacífica e segura, torna-se imprescindível à coibição da prática de condutas que venham a ferir os bens e interesses sociais. Esta função primordial foi atribuída ao Direito, instrumento através do qual se busca regular as ações humanas que violem os bens e interesses socialmente relevantes, de forma a resguardar bens jurídicos fundamentais, garantindo, desta forma, o equilíbrio e a continuação desta convivência.

O direito visa regular, desta forma, as condutas que violem os bens e interesses protegidos pela norma jurídico-penal, atribuindo àquelas um valor e cominando-as a uma sanção penal.

Diante desta realidade, mister se faz diferenciar quais condutas devem ser coibidas, por ofenderem ou colocarem em perigo os bens jurídicos, configurando-se em delitos sancionados na forma da lei, daquelas que não apresentam relevância jurídica.

### 2.1 DO CONCEITO DE DELITO

Inicialmente, cabe ressaltar que o ilícito pode ser de natureza civil ou criminal, sendo que no presente estudo, face ao tema proposto, nos cingiremos à análise deste, perquirindo sobre os aspectos do delito dentro do âmbito da norma penal.

Inicialmente, é mister consignar que a doutrina pátria adotou a teoria bipartida de delito, assim como a legislação alemã, italiana e portuguesa, na qual as infrações dividem-se em delitos e contravenções, conforme a gravidade da conduta e a pena a ela cominada, sendo aqueles considerados de maior gravidade e punidos com penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa; e estas, consideradas de menor potencial lesivo, são sancionadas com prisão simples e multa.

Abdicou, portanto, da teoria tripartida, adotada pelo Código Penal francês e espanhol, entre outros, na qual as infrações dividem-se, conforme a gravidade da conduta e a pena a ela cominada, em crimes (graves), delitos (menos graves) e contravenções (leves).

Entretanto, conforme esclarecedora lição do doutrinador DAMÁSIO DE JESUS (2002, p.185), o crime e a contravenção não são categorias que se distinguem pela sua natureza, mas realidades que se diversificam pela sua maior ou menor gravidade. A questão reside na quantidade da infração, não em sua substância

Destarte, o Direito Penal brasileiro utiliza-se dos termos 'crime' e 'delito' como sinônimos, sendo o termo 'infração' genérico, abrangendo tanto os 'delitos' ou 'crimes' quanto às 'contravenções'. No presente estudo, contudo, tendo em vista o escopo do mesmo, o qual analisará o conceito geral de fato punível sem, contudo, perquirir quanto as categorias em que se divide, utilizaremos os termos crime e delito como sinônimos de infração, de forma a abranger tanto os fatos puníveis de maior potencial ofensivo quanto aqueles de menor potencial ofensivo.

Etimologicamente, delito, do latim *delictu*, é o fato que a lei declara punível, culpa, falta, pecado. Crime, do latim *crimen*, consiste em ato que suscita a reação organizada da sociedade. Ensina DAMÁSIO que “a expressão 'delito' deriva de delinquere, abandonar, resvalar, desviar-se, significando abandono de uma lei. Crimen vem do grego cerno, indicativo dos mais graves delitos”<sup>2</sup>.

A definição de crime configura-se em matéria objeto de antiga e ampla discussão doutrinária, controversia esta que perdura até os tempos atuais, ocasionando a elaboração de diversos sistemas de conceituação.

Inúmeros estudiosos lançaram-se ao desafio de conceituar o delito. Das várias propostas que surgiram, cabe destacar o sistema formal, material e analítico.

### **2.1.1 Conceito formal de delito**

Para a elaboração do conceito de delito, o sistema formal utiliza como alicerce o direito positivo, definindo o crime como a conduta humana que infringe a lei penal, excluindo, desta forma, o aspecto ontológico do mesmo.

---

<sup>2</sup> JESUS, D. **Direito Penal – Parte Geral**. v. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 149.

Neste diapasão, ensina Aníbal Bruno<sup>3</sup> que, dentro do conceito formal, crime é todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena. Prado aduz que neste aspecto o delito é definido sob o ponto de vista do Direito positivo, isto é, o que a lei penal vigente incrimina (*sub specie juris*), fixando seu campo de abrangência – função de garantia (art. 1º CP). Versa, portanto, sobre a relação de contrariedade entre o fato e a lei penal.

Verifica-se, portanto, que a definição de crime deriva da determinação trazida pela legislação criminal, variando aquela conforme as modificações que venha a sofrer a norma jurídica.

Tal sistema tem sido objeto de contundentes críticas que têm como objeto, principalmente, seu caráter tautológico, impreciso e insuficiente, assim como sua rígida formalidade, razão pela qual não se apresentou eficaz em definir o fato punível.

### **2.1.2 Conceito material de delito**

Diversamente, o sistema material, ou substancial, buscou considerar o delito de forma ontológica, tendo como escopo formular um conceito que abarcasse a essência do crime, extrapolando o âmbito estritamente jurídico, tornando-o independente das eventuais variações do direito positivo.

Originou-se na idéia de delito natural, formulado por RAFAEL GAROFALO, a qual consiste na “violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”. (GAROFALO, *apud* ANÍBAL, 1967, p.273).

Tal concepção derivou da tese, apresentada por este, de que existem os chamados ‘criminosos natos’, que nasciam com um impulso natural para a prática de infrações, sendo possuidores de uma ‘anomalia do sentimento moral’. Destarte, existindo tais indivíduos, verifica-se a possibilidade de formular um conceito de delito superior às eventuais modificações da norma penal.

Entretanto, admitir a existência de determinados fatos cuja criminalidade é substancial, de forma a configurarem-se como infrações independentemente da época ou lugar em que ocorram, sem a necessidade de existir preceito legal que assim defina, não exaure o conteúdo do delito. De fato, resta indubitável que a

<sup>3</sup> BRUNO, A. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo I. São Paulo:Forense, 1967. p267

infração possui um aspecto biossociológico, mas, sem que exista uma norma jurídica que o defina como delito, sujeitando-o à uma sanção, a mesma existe apenas como fato.

Sobre o tema, leciona ANÍBAL BRUNO (1967, p.274), *in verbis*:

Mas essa idéia de crimes naturais é repelida pela experiência e pela lógica. Todo crime resulta de definição legal. Não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar crime, se este caráter não lhe é atribuído por uma lei penal. O crime oferece aspectos biológicos e sociais, além do jurídico, mas só quando a norma jurídica lhe impõe o seu imperativo, juntando-lhe como consequência a sanção penal, é que se pode dizer verdadeiramente crime.

Ademais, o conceito de crime não deve apenas considerar a violação de sentimentos individuais, mas sim a lesão a interesses da sociedade como um todo, os quais se sobrepõem àqueles, sendo estes variáveis conforme a evolução da sociedade, assim como se configuram diferentes entre um grupo e outro.

Tendo em vista, portanto, a existência de bens ou interesses jurídicos cuja tutela é fundamental à coexistência social, sendo atribuído ao Estado a função de resguardar os mesmos através das normas por esse instituídas, de forma a garantir o devido desenvolvimento e manutenção da sociedade, propôs von Ihering o conceito material de delito, no qual se define o crime como o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal.

Nestes termos, aduz Magalhães Noronha, que na definição substancial conceitua-se o crime como sendo a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a 'ofensa ao bem jurídico', pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela.

### **2.1.3 Conceito analítico de delito**

O conceito analítico do delito surge no período entre o final do século XIX e início do século XX, visando facilitar a aplicação do direito. Propõe o referido sistema a divisão do delito em partes distintas, porém interligadas em uma unidade orgânica, através da qual torna-se possível uma melhor visualização dos problemas e casos penais, assim como possui grande importância prática nos casos que envolvem a questão do dolo, da culpa, do erro, da omissão, da tentativa, entre outros.

Após profunda elaboração, com destaque da dogmática alemã, formulou-se o conceito de delito, no âmbito teórico-abstrato, como sendo uma *ação típica, antijurídica e culpável*. Excluiu-se dele o elemento da punibilidade, proposto por alguns doutrinadores, sendo majoritário o entendimento de que este se configura como consequência do delito, não um elemento que o compõe. Nesse sentido, leciona ASSIS TOLEDO (1994, p. 81):

Alguns autores acrescentam um outro elemento – a punibilidade – a nosso ver sem razão. A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado.

Desta forma, para que se configure determinada ação humana como criminosa, deverá esta corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando o ordenamento jurídico e incorrendo o agente no juízo de censura e reprovação social, ou seja, quando se consubstanciar em uma ação típica, antijurídica e culpável.

Superficialmente, temos como conduta a ação humana em sentido amplo, abarcando tanto a ação quanto a omissão. Típica é a conduta que se encaixa em um tipo legal, sendo esta a fórmula legal, predominantemente descritiva, através da qual são individualizadas as condutas proibidas pelo código penal. Caracteriza-se como antijurídica a conduta que contraria a ordem jurídica, inexistindo permissão para fazê-lo. Por fim, tem-se como culpável a conduta reprovável, consistindo em um juízo de reprovação através da qual se analisa a possibilidade de se exigir uma conduta diversa daquela praticada.

De forma salutar, aduzem ZAFFARONI e PIERANGELI (2001, p. 373):

*“delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).”*

Cabe ressaltar que parte da doutrina brasileira adota uma posição peculiar, na qual não se concebe a culpabilidade como integrante da teoria do delito, mas sim como pressuposto da pena, sendo seu principal representante o conceituado doutrinador Damásio de Jesus, posição esta, entretanto, com pouco destaque na doutrina brasileira.

O conceito analítico de delito foi amplamente aceito pela doutrina pátria, verificando-se a tendência da mesma em separar seus elementos em duas categorias, quais sejam, o *injusto penal* e a *culpabilidade*, sendo aquele formado pelos elementos da ação, tipicidade e antijuridicidade.

Sobre a matéria, lecionam ainda os supracitados autores que "o injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor" (2001, p. 373).

Entretanto, no que tange ao injusto penal, verifica-se a existência de uma divergência entre os estudiosos, consubstanciada na relação entre os conceitos de tipo legal e antijuridicidade, sendo que determinados doutrinadores, partidários do sistema bipartido, postulam a unidade conceitual desses, enquanto outros, adeptos do sistema tripartido, aduzem a autonomia dos mesmos.

Afirma o sistema bipartido de fato punível a unidade estrutural entre a *tipicidade* e a *culpabilidade*, em que aquela configura-se em *ratio essendi* desta, estando o juízo de antijuridicidade encerrado no de tipicidade. Destarte, verificada a tipicidade da conduta também tem-se presente sua antijuridicidade, salvo nos casos em que existam causas de justificação, as quais afastaram a tipicidade, configurando-se como elementos negativos do tipo.

Neste diapasão, ensina o mestre LUIZ ALBERTO MACHADO<sup>4</sup> que a ofensa ao preceito implícito traduz a elaboração do tipo e, ao mesmo tempo, antinormatividade. Sendo assim, desde logo deve redundar na imposição da sanção retributiva penal, a não ser que a conduta seja tolerada ou permitida pelo Direito, concluindo que, quando se atua aparentemente em conformidade com o tipo, porém, materialmente, em conformidade com o Direito, não se pratica o crime por atipia material da conduta.

Diversamente, no sistema tripartido de fato punível, prevalente na doutrina contemporânea, conforme os precisos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, tem-se o crime como ação típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de

---

<sup>4</sup> MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal: parte geral**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1985.

culpabilidade, sendo que o conceito de tipicidade e antijuridicidade são autônomos, cumprindo cada qual função específica.

O conceito de delito como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável apresenta-se prevalente dentro do atual direito penal pátrio.



### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOUTRINA GERAL DO FATO PUNÍVEL

Configura-se como função primordial da Dogmática Penal a de proporcionar ao julgador elementos seguros e precisos na distribuição da Justiça, auxiliando-o na aplicação das normas legais, razão pela qual vêm os operadores do direito se dedicando incessantemente ao estudo do delito, propondo inúmeras teorias com o intuito de definir precisamente quando determinada conduta configura-se como infração.

Em que pese a influência do direito italiano, tendo à frente, basicamente, os ensinamentos de Carrara, a teoria do delito teve seus contornos mais definidos e sua evolução mais acentuada através da doutrina alemã.

Várias modificações teóricas foram surgindo com o passar dos anos, fazendo com que houvesse gradual e significativo desenvolvimento na teoria do delito. Nessa referida evolução, merecem destaque os sistemas causal e finalista.

#### 3.1 O SISTEMA CAUSAL

Amplamente defendida no início do século por renomados juristas, como Nélson Hungria, Magalhães Noronha, Pietro Nervi, Belling, entre outros, esta teoria fundamenta-se no conceito natural de ação, que se configura como o ponto central em torno do qual irão se agregar os demais elementos do delito.

A teoria causalista inicialmente baseava-se na idéia de que a conduta humana é uma sucessão de causas e efeitos (sistema de Liszt-Beling – estrutura clássica). A ação era concebida valorativamente neutra, sendo caracterizada como o movimento humano voluntário que causava uma modificação no mundo exterior, composta por uma vontade, expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo e o resultado.

Conforme ensina LUIZ ALBERTO MACHADO (1985, p.86), “a ação causal tem, como elementos, a vontade (desejo mínimo de atuação, sem exame do seu conteúdo; daí por que o inimputável é capaz de ação), a exteriorização da vontade (demonstração, através de atos no mundo exterior, da existência da vontade) e o resultado (sempre natural, modificação do mundo exterior)”.

A vontade da ação é “apenas aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, servindo, pois, meramente, como

impulso inicial que desloca a inércia do comportamento<sup>5</sup>". Desta forma, a voluntariedade da ação consubstancia-se na ausência de coação física, inexistindo ação quando o movimento corpóreo se realiza sob o efeito de coação física absoluta; em estado de inconsciência; nos atos reflexos ou instintivos, onde não se reconheçam condições mínimas de ligação psíquica entre esse movimento corpóreo e o agente.

Visava, destarte, somente o fim da conduta, sem perquirir quanto à existência de dolo ou culpa.

Os causalistas atribuem dois aspectos à vontade (ou voluntariedade), sendo eles o causal-objetivo, um impulso expressado através de um movimento corpóreo, e o causal-negativo, onde se verifica a inexistência de coação.

No início, as expressões eram tomadas de maneira muito mecânica, porém sofreram algumas transformações, passando a expressão *movimento corpóreo* a compreender qualquer realidade externa perceptível, enquanto o resultado passa a envolver, também, eventos psíquicos ou ideais.

No que tange ao resultado, vislumbra-se ser o mesmo imprescindível à configuração da ação, de forma a inexistir ação sem que ocorra um resultado socialmente danoso.

Neste diapasão, afirma ANÍBAL BRUNO (1967, p. 305):

Supõe sempre, para constituir ação, uma conseqüente modificação do mundo externo ou o perigo dessa modificação. Não há ação sem resultado. Alguma coisa no mundo exterior, ainda que seja no espírito de um homem ou no estado de ânimo coletivo, há de sofrer uma alteração, embora transitória. O resultado se incorpora à ação como o seu momento final e juridicamente mais relevante, quando a ação se apresenta de relevância para o Direito.

Destarte, conforme aduzido por VON LISZT<sup>6</sup>:

"Ação é o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança no mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos, de que se compõem a idéia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado"

<sup>5</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito – Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.32

<sup>6</sup> VON LISZT, *apud* LÉLIO BRAGA CALHA. *Revista de Direito Penal*. disponível em: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br)

Como ao conceito de ação agrega-se o resultado, pode-se ter este impulso como causa do resultado, o que gera um *conceito natural de causa*, onde só se reconhece o impulso volitivo quando este é expresso através de um movimento corpóreo, sendo irrelevante, portanto, ao direito penal as vontades que não possuem uma manifestação externa. Trata-se de uma causalidade objetiva.

O conceito de ação dos causalistas engloba os aspectos objetivos e subjetivos, que servem para caracterizar, respectivamente, a tipicidade e antijuridicidade e a culpabilidade.

Uma das maiores contribuições da teoria causal foi a elaboração do conceito de tipo. Nela, o tipo é concebido como sendo a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente e o resultado. Tendo em vista o resultado ser elemento integrante da ação, não é reconhecido crime sem resultado. O tipo possui, primeiramente, um caráter formal, configurando-se como um objeto composto por caracteres conceituais objetivo-descritivos do delito, onde depois, na antijuridicidade, irá incidir um juízo de valor.

A caracterização da antijuridicidade limitava-se a comprovação de que a conduta do agente contrariava a lei penal. Era conceituado como sendo o juízo de relação entre a ação causal, posta em marcha pelo impulso volitivo e identificada no tipo, e a proibição ou determinação da ordem jurídica, anteposta na norma.

A antijuridicidade concebida assim, de forma objetiva, acarreta duas conseqüências, que são a de não aceitar qualquer elemento ou componente subjetivo na verificação das causas de justificação e a de tornar irrelevantes os erros de proibição, erro de direito, ou indireto, erro de fato sobre os pressupostos das causas de justificação.

No que concerne à culpabilidade, tem-se que esta, em suma, referia-se ao vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido. Os elementos subjetivos eram responsáveis pelo estabelecimento da relação psicológica entre o autor e o fato. Os principais componentes da culpabilidade são o dolo e a culpa, sendo que, na teoria causal, a causalidade possui maior relevância que o atuar dolosamente, assim como na culpa observa-se nitidamente a presença da causalidade objetiva.

A causalidade, além de ter importância na culpabilidade, também atua na caracterização das fases de realização do delito e nas formas dessa realização,

onde se considera que somente existe tentativa quando tem início a exata realização da ação típica.

### 3.2 O SISTEMA FINALISTA

Este sistema acarreta duas teses: a de que a organização do mundo ocorre visando um fim e que a “explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo consiste em aduzir o fim, ao qual ele se dirige”.

A origem do finalismo é atribuída a Anaxágoras, porém foi a concepção de Aristóteles, reproduzida por Santo Tomás de Aquino, que teve grande conotação para esta filosofia. Este ensinava que tudo o que existe na natureza existe para um fim, o fim é a substância ou forma ou razão de ser da própria coisa. Porém, nesta ainda existia certa confusão entre o finalismo e a Teologia. A separação entre estes ocorreu com Kant e Hegel, em que o finalismo passa a ser um conceito imanente à própria natureza, independentemente de entendimento extra-humano. Em Hegel há uma total separação, enquanto que Kant ainda mantém um certo compromisso causal.

As idéias de Kant influenciaram N. Hartmann. Este aborda, em sua filosofia, principalmente as “camadas do ser”, tratando da causalidade dos mortos e da finalidade dos vivos. A ação humana sempre busca um fim determinado, através de três etapas, em que “primeiramente, o homem antecipa seus objetivos, quer dizer, propõe-se objetivamente o seu alcance; em seguida, adentra e põe em movimento os meios adequados a obtê-los ou a atingi-los; e, finalmente, como terceiro ato, consegue sua realização”.

Von Webber e Graf zu Dohna distinguiram ações causais e finais, sendo elas independentes. Após, Welzel apresenta sua teoria finalista, a qual teve grande influência sobre os estudiosos, tendo como defensores na doutrina pátria Damásio E. Jesus, Juarez Tavares, Heleno Cláudio Fragoso, entre outros.

O sistema finalista define o delito como uma ação típica, antijurídica e culpável, assim como na teoria causalista, diferenciando-se fundamentalmente na teoria da ação.

Considerado o maior expoente da teoria finalista, Welzel refuta a teoria causalista da conduta, afastando a idéia de que esta configurava-se em mero

acontecimento causal, conceituando-a como ação humana, voluntária e consciente dirigida a um fim.

Ressaltam Luiz Regis Prado e Érika Carvalho (2002, p.52) que “o sistema construído por Hans Welzel sinaliza o resgate do ser humano como ser pensante e da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico”.

Conforme salutar ensinamento de JÚLIO FABBRINI MIRABETE (1995, p.100), “como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um Fazer (ou não Fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim”.

Esta finalidade não precisa ser um ideal ou utilidade, podendo ser qualquer objetivo perseguido pelo homem. Porém, a movimentação da ação em busca deste fim não pode ser por acaso, devendo ser revestida de vontade. Este é o elemento que servirá como eixo para o conceito de ação, sendo que sem vontade não haverá ação. A ação finalista é, desta forma, “uma atividade consciente acerca do objetivo”.

Desta forma, leciona o referido doutrinador, que “a conduta realiza-se mediante manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo o seu próprio cerne”.

O conceito de ação é utilizado, portanto, no seu sentido ontológico. Trata-se de uma conduta humana, composta por um aspecto interno (intelectivo-material) e outro externo (desdobramento material).

O aspecto interno ambienta-se no plano intelectual, constituído pela proposição de um fim e a seleção dos meios para obtê-lo, enquanto no aspecto externo efetua-se a ação real, consistente no desencadeamento da causalidade para atingir o resultado pretendido. Na orientação e direção final da conduta, passa-se, desta forma, por duas etapas.

Alguns estudiosos resumem este desenrolar da conduta em duas etapas, a intelectual-volitiva, que diz respeito à vontade, e a percepção fenomênica, que é a realização da vontade no mundo exterior. Porém, todos retiram do conceito de ação o resultado, sendo este considerado como consequência do agir.

Verifica-se, destarte, o deslocamento do dolo e da culpa para a conduta, configurando-se em elemento subjetivo do tipo, diversamente do postulado pela teoria clássica, na qual referidos elementos integravam a culpabilidade.

A diferença existente entre dolo e culpa não repousa na finalidade potencial, nem na idéia de que na culpa o fim pretendido é lícito. Diferencia-se no fato de que no crime culposos o agente não tenha agido finalisticamente àquele tipo culposos por ele realmente preenchido.

Com referência à omissão, em que pese a divergência entre os estudiosos deste sistema, a idéia mais difundida é a de que aquela consiste na não-realização de uma determinada ação finalista, entendimento este defendido por Welzel, que procura harmonizar os preceitos da omissão com o conteúdo ontológico da ação, sendo que na omissão existiria um não-exercício de uma atividade final possível, utilizando-se, portanto, um conceito hipotético de atividade finalista.

Na relação tipo-antijuridicidade, o tipo demonstra uma infração à norma penal e a antijuridicidade é a ausência de permissão para fazê-lo. Passa o tipo, então, a ser indício de antijuridicidade. A conduta típica é aquela que viola uma norma proibitiva, sendo antijurídica se inexistir uma norma permissiva. Caso esta exista, ela afetará a conduta típica. O conjunto tipo e antijuridicidade forma o chamado *injusto penal*.

No que concerne à culpabilidade, verifica-se que esta era anteriormente definida como sendo um descumprimento de deveres jurídicos, não existindo uma diferença definida entre culpabilidade e antijuridicidade. Porém, com o finalismo, estabeleceu-se a base da culpabilidade no *poder do agente*, passando a ser definida como culpável “aquele que *poderia* ou *pôde* realizar uma ação diversa, mas, ainda assim, atuou antijuridicamente”, baseando, portanto, a culpabilidade no poder do autor de não realizar a conduta antijurídica. Welzel, com base nisto, afirma que o que se reprova é a configuração da vontade, manifestada no fato jurídico.

Para Welzel, na configuração da culpabilidade é necessária a verificação de alguns pressupostos, que são: “que o autor seja capaz de motivar-se de acordo com a norma e que esteja em condições concretas ou em situação de motivar-se de acordo com ela. O primeiro pressuposto diz respeito à imputabilidade; o segundo à consciência do injusto”. Estes fazem parte de uma idéia maior, que é a da problemática da liberdade da vontade.

Esta problemática possui três aspectos independentes, porém que se correlacionam, sendo eles o antropológico, o caracteriológico e o categorial. O aspecto antropológico afirma que o homem, diferentemente dos animais, tem suas formas inatas e instintivas de conduta deterioradas, não herdando um sistema de ações específicas adequadas para a sua sobrevivência. Portanto, cabe a cada indivíduo, tendo em vista sua racionalidade e inteligência, escolher o tipo de conduta que considera adequado para sua sobrevivência, utilizando-se de um pensamento racional, de qual ele é portador para compensar sua deficiência no instinto de conduta.

O aspecto caracteriológico, tendo em vista o detrimento das formas inatas de conduta e a atribuição de responsabilidade e inteligência ao homem, acredita que a estrutura psíquica do indivíduo possui três estratos fundamentais: o *estrato profundo*, que compreende os impulsos vitais; o *estrato do Eu*, que controla e orienta estes impulsos; e o *estrato intermediário da personalidade*, o qual é responsável pela configuração do caráter, tendo em vista guardar as decisões executadas anteriormente e convertidas em posições internas inconscientes.

Os impulsos configuram-se em motivos de agir, servindo de base, juntamente com os fundamentos lógicos e valorativos, para a decisão da vontade.

No aspecto categorial, a preocupação repousa na questão da “possibilidade do homem de poder configurar sua atividade através de uma direção orientada pelo sentido e de ser responsabilizado pela adoção de uma decisão falsa em lugar da correta”.

Portanto, a culpabilidade atua na formação da vontade, onde o agente é punido por não ter reprimido os impulsos contrários ao valor e se orientado conforme o sentido.

Welzel atribui três elementos ao juízo de culpabilidade, sendo dois positivos (capacidade de culpabilidade e possibilidade de consciência do injusto) e um negativo, que diz respeito à inexistência de causa de exculpação.

### 3.3 DO FATO PUNÍVEL

Conforme leciona o renomado doutrinador Julio Fabrine Mirabete<sup>7</sup>, fato típico é a conduta humana que se adequa ao tipo, produzindo um resultado proibido

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo : Atlas, 2000, p. 101, vol. 1

pela norma penal, sendo elementos daquele a conduta, o resultado, a relação de causalidade e tipicidade, sendo que "caso o fato concreto não apresente um desses elementos, não é fato típico e, portanto, não é crime. Excetua-se, no caso, a tentativa em que não ocorre o resultado"

### 3.3.1 Da conduta

O direito visa regular as condutas, afastando-se os entes abstratos como, por exemplo, o pensamento, atribuindo àquelas um valor e cominando-as a uma sanção penal.

Com o escopo de definir a conduta, diversas teorias foram propostas, merecendo destaque a teoria causalista, a finalista e a social de ação, as quais já foram anteriormente analisadas.

Predomina, atualmente, o conceito finalista de ação, no qual se define a conduta como o exercício de um atividade finalista, ou seja, uma atividade humana voltada conscientemente a um objetivo previamente determinado.

### 3.3.2 Do Resultado

O Código Penal Brasileiro traz, em seu artigo 13, como elemento imprescindível à configuração do crime a ocorrência de um resultado, afirmando, *in verbis*:

*"Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".*

Com fulcro em seu conceito naturalístico, configura-se o resultado como sendo a modificação do mundo exterior provocado pelo comportamento humano voluntário. Desta forma, tem-se o resultado como o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade.

Entretanto, verifica-se a existência dos denominados crimes formais, os quais, para sua configuração, prescindem da existência de uma modificação no



mundo exterior, assim como os delitos de “*mera atividade*” ou de “*mera conduta*”, os quais não admitem a existência, em nenhuma hipótese, de um resultado naturalístico.

Portanto, de forma a superar a incompatibilidade existente entre o conceito naturalístico e os mencionados crimes, buscou-se um conceito normativo ou jurídico de resultado, através do qual se configura este como “toda lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma legal” (MIRABETE, 1995, p.100).

### **3.3.3 Relação de Causalidade – Da Teoria da Equivalência das Condições**

Consiste o nexos causal no elo de ligação que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado típico, o qual é necessário à configuração do fato típico. Para se determinar a existência desta relação, de forma a verificar se determinada ação é *causa* de um resultado, diversas teorias foram formuladas, sendo, contudo, predominantemente adotada a Teoria da Equivalência das Condições.

Adotada pelo Código Penal pátrio de 1940 e reafirmada na reforma da parte geral, em 1984, origina-se do pensamento filosófico de Stuart Mill, sendo também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, baseando-se na idéia de que é causa do resultado a condição sem a qual o mesmo não ocorreria.

Postula-se, através desta, que todo fator que contribui para a ocorrência do evento deve ser considerado sua causa. Utiliza-se da chamada fórmula de eliminação hipotética, através da qual se tem que uma condição será causa de um resultado se, uma vez eliminada mentalmente essa condição, tal fato acarretar na eliminação também do resultado.

Destarte, consiste a causa na soma de todas as condições, consideradas em seu conjunto, que produzam o resultado, sendo que a exclusão de qualquer uma das condições importaria na eliminação deste.

Ressalta-se que a referida teoria não distingue como prevalente ou preponderante nenhum dos diversos antecedentes do resultado, bem como não possui relevância o fato de determinada condição, considerada isoladamente, ter ou não idoneidade para ocasionar o mesmo, razão pela qual foi objeto de contundentes críticas, face a sua excessiva amplitude, estendendo-se numa cadeia causal

ilimitada, trazendo a exame uma enorme gama de fatores sem qualquer relevância jurídica.

Com fulcro a demonstrar o defeito comportado pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, face à possibilidade de regressão infinita através do método da eliminação hipotética, Damásio apresenta um exemplo baseado no pecado capital que, embora jocoso, demonstra-se didaticamente eficaz na demonstração do referido problema (2002, p.XXIX):

O pecado original contido na desobediência de Adão e Eva certamente foi o primeiro episódio de imputação objetiva de que se tem notícia. A quem atribuir a responsabilidade por terem comido o fruto da árvore da ciência do bem e do mal, descumprindo a lei? Adão desculpou-se, como se dizendo: "A violação da regra não me pode ser atribuída. Foi Eva quem me induziu a comer a fruta. E foi o Senhor quem a criou. Se não a tivesse criado, ela não me teria induzido e eu não teria comido a fruta proibida (*regressus ad infinitum*). "Ademais, como o Senhor m'a deu como companheira, confiei que ela só viesse a me dar bons conselhos (princípio da confiança). "Logo, o Senhor Deus é o responsável". Questionada, Eva negou ter quebrado a lei: "Não sou responsável. Fui enganada pela serpente" (teoria do erro). "E o foi o Senhor quem a criou. Se não a tivesse criado eu não teria sido enganada, não teria entregue a fruta a Adão e ele não a teria comido. E Adão, obra do Senhor, é um homem de discernimento e responsável" (teoria da responsabilidade individual). "Não o obriguei a comer a fruta. Logo, o Senhor Deus é o único culpado". E, se a serpente tivesse sido chamada a prestar contas, certamente teria dito: "Não é verdade, não enganei e nem induzi Eva, não lhe ofereci o fruto e nem disse que o colhesse, apenas conversei com ela sobre o que aconteceria se o comessem" (negativa de autoria). "E tem mais: a proibição não se dirigiu a mim" (teoria do destinatário penal), "e foi o Senhor quem plantou a árvore da sabedoria e criou Eva e Adão. Se não o tivesse feito, eu não teria conversado com Eva sobre as conseqüências de se comer a fruta, ela não a teria levado a Adão e este não a teria comido" (método da eliminação hipotética). "Logo, o Senhor Deus é o culpado de tudo".

Com fulcro a limitar esta excessiva amplitude, optaram alguns doutrinadores pela adoção do dolo e da culpa como elementos delimitadores, ou seja, a limitação da causalidade juridicamente relevante seria efetuada com fulcro em elementos da tipicidade, o que foi denominado de *causalidade tipicamente relevante*. Contudo, tal proposta não se apresenta hábil em sanar, por completo, a referida deficiência. Para tanto, apresenta a doutrina o exemplo em que "A" fere "B" com o intuito de matá-lo, sem êxito, sendo que este vem a falecer num acidente automobilístico a caminho do hospital. Nesta hipótese, com base na teoria das condições, deverá "A" ser condenado por homicídio consumado, existente o dolo e a relação de causalidade.

Entretanto, em que pese a deficiência apontada, referida teoria configura-se ainda como dominante na doutrina atual, bem como pela jurisprudência.

### 3.4 DO FUNCIONALISMO

Em que pese a evolução trazida pelo modelo finalista de delito à Ciência Criminal, proporcionando uma sistematização mais coerente e adequada ao ideal de Justiça em comparação aos demais sistemas, foi este alvo de inúmeras críticas, através das quais se alegou, principalmente, seu tecnicismo exacerbado, acarretando numa aplicação mecânica do direito repleto de excessos abstrato-dedutivos, ocasionando em interpretações dogmaticamente corretas porém incapazes de resolver o problema concreto de forma adequada, sob o ponto de vista político-criminal.

Com o intuito de suprir as aventadas falhas existentes no sistema finalista, lançaram-se os estudiosos à formulação de novas teorias do delito, sobressaindo-se aquelas trazidas pela doutrina alemã, com especial ênfase ao “funcionalismo”, corrente doutrinária na qual a imputação objetiva foi amplamente analisada.

Cabe ressaltar que o funcionalismo, em que pese tratar-se de matéria com pouco destaque na doutrina pátria, não se configura como novidade à moderna dogmática penal, sendo objeto de estudo por longo período em outros países, ocupando lugar relevante dentro da doutrina alemã e espanhola.

A corrente dogmática funcionalista coloca em evidência a funcionalidade do Direito Penal, ressaltando a importância da análise da função do sistema normativo legal para a formulação do conceito de delito. Portanto, assim como o causalismo fundamentava-se nas leis da mecânica e o finalismo no aspecto psicológico da conduta humana, cuja consequência é previsível, o funcionalismo sustenta-se na idéia de proteção de bens jurídicos maiores, tutelados pela norma penal, colocando como núcleo da teoria do delito a função do Direito Penal.

Neste sentido, postula Günther Jakobs que o Direito penal deve ser compatível com as condições da evolução da sociedade, sendo que nem o sistema social nem o sistema jurídico saltam por cima de sua própria sombra, não podendo ser atribuído ao Direito uma colocação secundária, pois é parte essencial da sociedade. Outrossim, não poderá o Direito Penal constituir-se na base de uma revolução social, pois enquanto já não contribua à manutenção da configuração desta (ainda que se trate de uma configuração passível de evolução), falta-lhe a base sobre a qual poderia iniciar-se com êxito uma revolução.

Dentro desta corrente merecem destaque os doutrinadores Roxin e Jacobs, os quais, apesar de apresentarem posicionamentos diversos, conforme veremos posteriormente, trazem, na essência das teorias propostas, a necessidade de se buscar a função do Direito Penal, elaborando-se uma teoria do delito que resguarde a finalidade precípua do sistema normativo legal.

#### **4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Ressalta-se, novamente, que se configura como função primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos. De forma a alcançar pretendida finalidade, cabe ao legislador selecionar os comportamentos penalmente relevantes, tipificando-os, sendo que à causalidade foi atribuída a função de delimitar as condutas típicas daquelas atípicas.

Torna-se indubitável, desta forma, a extrema relevância ocupada pela causalidade dentro do Direito Penal. Com efeito, a relação de causalidade estabelece ligação entre a conduta individual e o resultado (sempre em seu sentido jurídico e também em sentido naturalístico, quando for o caso), possibilitando imputar à determinada conduta o resultado lesivo ocorrido, ou seja, somente por meio do emprego do conceito de causa que se pode estabelecer a imputação objetiva do delito ao seu autor. Ressalta-se a importância desta matéria em face do Estado Democrático de Direito, no qual não se pode imaginar justificção para a responsabilidade criminal do indivíduo por resultados produzidos sem a sua contribuição. Assim, somente haverá responsabilidade para aquele indivíduo que contribuir para a ocorrência do resultado.

No que concerne ao juízo de imputação, a teoria da equivalência de condições tornou-se prevalente, sendo, no âmbito nacional, adotado pelo Código Penal. Entretanto, referida teoria é objeto de contundentes críticas, aduzindo-se sua ineficácia em alcançar a finalidade pretendida, permitindo, conforme Jakobs, um Direito Penal de Inimigos, uma vez que permite a punição do mais longínquo causador naturalístico de determinado evento danoso.

Com o escopo de suprir os defeitos atribuídos às teorias causais existentes, a doutrina lançou-se à elaboração de uma teoria de imputação, sendo que, em que pese a difusão em vários países das idéias que incorporam a chamada teoria da imputação objetiva, é atribuída à doutrina alemã o primeiro movimento na caracterização desta, que possui como principais precursores Claus Roxin e Günther Jakobs.

A Teoria da Imputação Objetiva, em seu atual estágio, tem sua aplicabilidade no âmbito da causalidade, configurando-se como substituta da causalidade material, buscando aquela suprir as lacunas existentes nesta, corrigindo

suas deficiências. Postulam seus defensores ser esta apta a retirar do Direito Penal a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação.

#### 4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A matéria concernente à imputação vem sendo objeto de análise por longo lapso temporal, podendo ser resgatada referência ao tema nas obras de Platão e Aristóteles.

Platão, em sua obra, salienta a importância do aspecto positivo das leis quando estas exercerem uma função imperativa, como no caso das leis penais. Cabe à norma penal, deste modo, abarcar na sanção o delito e seu agente, zelando pela proporcionalidade entre o crime e a sanção ao mesmo cominada e agregar na moralidade as normas e os costumes. Portanto, passa-se a atribuir à lei a função de definir a imputabilidade do ato moral, não sendo mais a imputação simples ação dos deuses, conforme proposto pelo fatalismo, estando a conduta e suas conseqüências ligadas ao sujeito, ou seja, cada qual é causa de sua própria escolha. Verifica-se, portanto, o prenúncio da noção de imputação, sob o prisma filosófico.

Aristóteles, por seu turno, logrou êxito em determinar mais claramente os princípios da imputação, fundamentando-se nos elementos ontológicos. Segundo este, somente pode ser atribuída a responsabilidade por determinada conduta a quem voluntariamente pratica esta, agindo com ânimo de praticar o ato delituoso. Portanto, uma ação somente pode ser imputada quando submetida ao âmbito de controle do agente, o qual poderia ter atuado de maneira diversa, de forma a coadunar-se ao comportamento juridicamente exigível.

Neste diapasão, lecionam PRADO e CARVALHO (2002, p. 18) que:

*“Os princípios da imputação em Aristóteles fazem referência, sobretudo, a elementos ontológicos (estrutura da ação humana), mas também apresentam traços valorativos – especialmente ao delinear os fundamentos essenciais do juízo da culpa. Da análise da estrutura teleológica da ação – em que reside o núcleo da teoria finalista da ação – deduz Aristóteles os fundamentos do princípio da imputação”.*

Ocupam lugar de destaque no conceito de imputação trazido por Aristóteles, portanto, a idéia de *vontade atual* e de domínio do fato como elemento ontológico imanente, em que determinada conduta é atribuída àquele que a praticou desde que este possua o domínio do fato.

Com efeito, aduz Aristóteles que (Aristóteles *apud* Prado e Carvalho, 2002 – p. 20):

“Sempre que está em nosso poder o fazer, está também o não fazer, e sempre que está em nosso poder o não, está o sim; de modo que se está em nosso poder o agir quando é bom, estará também em nosso poder o não agir quando é ruim, e se está em nosso poder o não agir quando é bom, também estará em nosso poder o agir quando é ruim. E se está em nosso poder fazer o bem e o mal, e igualmente o não fazer, e nisso consistia o ser bom ou ruim, estará em nosso poder o ser virtuoso ou vicioso”.

A doutrina de Aristóteles foi, posteriormente, reelaborada por Samuel Pufendorf, o qual, com base no direito natural racionalista, formulou o conceito de imputação e de ação ao Direito Penal da época.

Com a finalidade de explicar o conceito de imputação, utilizou-se Pufendorf de duas expressões, quais sejam, *imputativitas*, que abarca os pressupostos materiais da imputabilidade e as condições de sua exclusão, e a *imputatio*, que se refere às atividades efetuadas posteriormente através das quais verifica-se a presença dos elementos que compõem a *imputativitas*, bem como efetua a valoração do evento.

Configura-se a *imputativitas*, portanto, na relação existente entre o autor e a ação livremente praticada por este, ou seja, refere-se ao atuar humano dotado de previsibilidade, em que se verifica a possibilidade de domínio do fato e direção da vontade, sendo o efetivo fundamento da imputação. Postula-se a necessidade de se verificar o liame subjetivo existente entre o indivíduo, sua conduta e o resultado produzido, para então se concluir pela imputação do resultado, idéia esta prevalente do século XVII ao XIX.

Com fulcro no conceito elaborado por Samuel Pufendorf, a ciência jurídica passa a elaborar, nos séculos posteriores, as bases do conceito analítico de delito. À época, tem-se o conceito de delito dividido em uma parte objetiva e outra subjetiva, desprovida de uma unidade interna.

No princípio do século XIX, Georg Hegel apresenta sua teoria da imputação, que é indicada por diversos doutrinadores como origem da moderna teoria da imputação objetiva.

Aduz o mesmo que somente pode ser imputado o fato ao agente quando é aquele dirigido pela vontade, ou seja, somente aquilo desejado pelo agente pode lhe

ser imputado, apresentando uma definição de ação semelhante àquela proposta por Pufendorf.

Destarte, “um fato só pode ser imputado como responsabilidade da vontade. O conceito de ação é deslindado no âmbito da teoria da imputação. Apenas os resultados que, juntamente com a ação, representam uma unidade dominada pelo fim são passíveis da imputação” (PRADO E CARVALHO, 2002 – P.27).

Afasta, assim, as idéias causais da teoria da imputação, colocando como elemento desta a vontade, a qual se configura no nexos existente entre o resultado e o agente. Contudo, tal visão foi criticada principalmente no que tange à sua inaplicabilidade aos delitos culposos.

Entretanto, face ao fascínio provocado pelo pensamento causal, o estudo da teoria da imputação objetiva foi relegada ao esquecimento.

Com efeito, o Positivismo do século XIX postulava a adoção do princípio natural de que todo conseqüente possui um antecedente preciso e determinado, visão esta somente abalada com a teoria da relatividade, no século XX, que traz a debate o tema da probabilidade, postulando a existência de uma margem de indeterminação nas relações.

No início do século XX, retomaram-se os estudos do referido tema, com o desenvolvimento da teoria da Imputação Objetiva, inicialmente por Karl Larenz, em 1927, através do qual se atribui à teoria da imputação um caráter objetivo.

Buscando delimitar os acontecimentos acidentais e aqueles dominados pela vontade do agente, com fulcro na obra de Hegel e sob princípios básicos do idealismo, Larenz conceitua como fato objetivamente imputável aquele acontecer passível de domínio pela vontade do sujeito. Contudo, não se perquire quanto ao aspecto psicológico do agente no caso concreto, se este previu ou dominou o resultado, mas sim se o resultado era dominável e previsível, previsibilidade esta aferida com base em um critério geral e objetivo, o do *homem inteligente-prudente*.

Possui o juízo de imputação um cunho teleológico, em razão da vontade humana ser apta a dominar o acontecer causal e o converter em um fato próprio, direcionando-o a um fim determinado. Tem-se o fato como a realização da vontade, sendo a imputação o juízo que relaciona o fato com a vontade.

Neste sentido, aduz ALCÁCER GUIRAO (GUIRAO *apud* PRADO E CARVALHO, 2002, pág 33):



“A figura do espectador objetivo representa o juízo da sociedade sobre a conduta examinada, ou a figura do juiz como personificação do ordenamento jurídico, de forma que não é o autor do fato quem determina a relevância de sua própria conduta, mas a norma, sendo o seu juízo representado por esse espectador. Assim, o determinante para o injusto não é a representação que o sujeito faz de sua ação, mas aquela que racionalmente – isto é, atendendo a pautas de interpretação do mundo aceitas pela maioria – se determine.”

Todavia, verifica-se que a teoria da imputação objetiva que hoje encontra-se preponderante na Alemanha e Espanha desenvolveu-se com base em distinta orientação metodológica, propondo-se a elaborar critérios normativos de atribuição de determinado resultado a uma conduta ativa ou omissiva. Dentro desta corrente, verifica-se a adoção da denominação e conteúdo propostos por Larenz, efetuando-se, contudo, um delineamento e desenvolvimento deste conteúdo, bem como afastam-se as considerações filosóficas por este utilizadas como premissa.

Temos como precursor dessa nova orientação o doutrinador Richard M. Honig, o qual apresentou, em 1930, um ensaio sobre a causalidade e a imputação objetiva, atribuindo a esta a finalidade de desvendar o significado que o nexo de causalidade tem para o ordenamento jurídico.

Honig defendia a impossibilidade de imputar a alguém o resultado que deriva de pura causalidade, razão pela qual não se pode fundamentar o critério de imputação no desvalor da ação. Postula, deste modo, a *imputação do resultado*, diversamente da chamada *imputação do comportamento* proposta por Larenz, considerando como resultados juridicamente relevantes unicamente aqueles que podem ser *pensados finalmente*, que sejam passíveis de alcance ou que possam ser evitados. Portanto, possui relevância para o ordenamento jurídico a existência de uma relação jurídica especial entre a ação e o resultado, afastando-se as relações derivadas de mera causalidade.

Evidencia-se, portanto, que a imputação do resultado, anteriormente situada no âmbito subjetivo, vinculando o indivíduo a um fato através de sua vontade, passou, com as teorias de imputação formuladas por Honig e Larenz, a revestir-se de um aspecto objetivo no qual a análise do nexo de causalidade é efetuado de forma objetiva, sendo considerado como imputável ao agente o resultado objetivamente previsível e dominável pela vontade humana.

Examina-se de forma objetiva a possibilidade do resultado ser apreensível pelo ser humano em geral, não mais se analisando o psíquico do agente no caso

concreto, sendo que, em caso positivo, o fato deverá ser imputado ao indivíduo, tanto a título de dolo quanto de culpa.

Entretanto, somente após 1960 os penalistas, com ênfase na doutrina alemã, passaram a dedicar-se mais enfaticamente ao estudo da imputação objetiva. Atualmente, temos como principais expoentes desta teoria Claus Roxin, que publicou em 1962 o trabalho *“Contrariedade ao dever e resultado nos delitos culposos”* e em 1970 a obra *“Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal”*, e Günther Jakobs.

Embora configurada em uma teoria objetiva de imputação, não prescinde esta do elemento subjetivo, ou seja, dos conhecimentos do sujeito quanto às circunstâncias criadoras do risco.

Neste sentido, valiosa a lição de Damásio (2002, p. 76):

*“No momento de apreciação da imputação objetiva da ‘conduta’, importa a consciência do comportamento e a vontade de realizá-lo, em que se observam a infringência do dever de cuidado e a conseqüente criação de risco juridicamente reprovado ao objeto jurídico. Se estão presentes os outros elementos do dolo e da culpa, é questão a ser apreciada em outra fase. Nesta, cumprirá investigar se há dolo ou culpa, se o dolo é direto, indireto, eventual etc.; ou se a culpa é consciente, inconsciente, própria ou imprópria etc.”*

Desenvolve-se a moderna teoria da imputação objetiva com fulcro no *incremento do risco*, segundo o qual se configura típico o comportamento que produz um incremento de risco ou lesão a um bem juridicamente tutelado. Fundamenta-se, primordialmente, na idéia de que o resultado normativo somente pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico, devendo o evento, ainda, corresponder àquele proibido pela norma penal. Trabalha, destarte, com os conceitos de risco permitido e risco proibido.

#### 4.1.1 Do risco permitido e do risco proibido

O ordenamento jurídico permite a prática de inúmeras atividades que trazem em seu cerne o risco de lesão a interesses protegidos pela norma legal, em razão da impossibilidade de se conceber o convívio em sociedade na qual estas atividades sejam coibidas pelo sistema penal. Com efeito, verifica-se no convívio em sociedade a presença de inúmeras atividades cuja periculosidade lhe são inerentes, ou seja, trazem em seu bojo um risco o qual, contudo, é tolerado pelo ordenamento jurídico, configurando-se como um *risco permitido*. Tal fato justifica-se pela impossibilidade de manutenção do convívio social bem como do regular desenvolvimento das atividades humanas caso fossem coibidas todas as ações que contenham um risco, razão pela qual são estas toleradas pela sociedade.

Não há que se olvidar a existência de incontáveis situações nas quais a prática de uma conduta acobertada pelo risco permitido venha a acarretar na produção de resultado danoso, sendo causa deste, sem que, contudo, configure-se a tipicidade da conduta. Com efeito, submeter-se a uma cirurgia, a uma anestesia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel, de navio ou de trem, praticar esportes violentos, caçar, pescar etc., são condutas que, por si só, trazem em seu bojo um risco que é tolerado pelo ordenamento jurídico pátrio, configurando-se como um risco permitido. Outrossim, é possível que o agente, na prática de um comportamento sob a proteção do risco permitido venha a ocasionar um resultado lesivo, tipificado como delito. Nestas hipóteses, aplicando-se a o critério de imputação do risco permitido, exclui-se a tipicidade da conduta. Como exemplo, temos o emprego de força física pela autoridade policial na realização de determinadas diligências de natureza processual, as quais comportam um risco ao executor material assim como ao objeto pessoal da diligência, podendo, ainda, atingir terceiros, sendo, entretanto, permitido pela legislação pátria.

Aquele que dirige um automóvel de acordo com as normas legais, pratica uma conduta que abarca em si um risco permitido, mas caso atue de forma a infringir o dever objetivo de cuidado, através do emprego de velocidade excessiva, direção em estado de embriaguez, desrespeito aos sinais de trânsito, entre outros, produz um risco proibido, configurando-se como um perigo desaprovado, acarretando na tipicidade da conduta.

Portanto, somente configura-se a tipicidade da conduta quando esta extrapola o limite permitido, infringindo o dever objetivo de cuidado, produzindo um *risco proibido* caracterizado pelo desvalor da ação.

O risco permitido, conforme aduzido por Damásio (2002, p. 40), possui conceito ontológico e axiológico. É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é axiológico, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

Repousa o risco permitido no fato de ser o risco inerente à atividade humana, fato que se torna cada vez mais evidente face ao progresso da sociedade, através da invenção e descobertas de novas técnicas e aparelhos nos mais diversos setores, tal qual na Medicina, Engenharia, Aviação, entre outros, as quais apresentam-se necessárias ao bem-estar da humanidade, ocasionando, contudo, freqüentemente um aumento dos casos de perigo aos interesses juridicamente tutelados.

Neste diapasão, aduz Günther Jakobs (2000, p.35):

Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*.

Com efeito, os conceitos de risco permitido e risco proibido projetam-se sobre as atividades humanas, não se diferenciando pela gravidade do perigo, mas sim no fato de serem, ou não, lícitos, pois, em que pese pertencer o risco ao mundo natural, a permissão e a proibição são determinadas pelas regras do sistema normativo legal.

Contudo, somente a referência à adequação social configura-se insuficiente à definição do risco permitido, utilizando-se diversos doutrinadores de uma análise do resultado com fulcro em um cálculo de custos e benefícios. Entretanto, tal dispositivo não se apresenta adequado face à inexistência de critérios adequados de valoração.

Desta forma, postula Jakobs (2001, p.38) que “numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará

os custos”. Configura-se, ainda, imprescindível à configuração de um risco permitido que, *ex ante*, as vítimas sejam anônimas, bem como potenciais beneficiárias das vantagens advindas da atividade ao qual esse risco é inerente.

#### 4.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

Claus Roxin, jurista alemão considerado o precursor da teoria em comento, face à grande contribuição deste para o desenvolvimento dos critérios de imputação objetiva, teve como principal influência a doutrina anteriormente elaborada por Honig.

Posicionando-se contrário ao tecnicismo do finalismo, ao qual dirige contundente crítica, Roxin postula que o sistema penal deve ser orientado com fulcro na Política Criminal, colocando em destaque os fins e funções da norma penal. Com efeito, aduz o doutrinador que o finalismo, por estar intrinsecamente ligado a bases filosóficas ontológicas, acarretando num demasiado rigor científico, ocasiona a aplicação “fria” da norma penal, gerando interpretações corretas do ponto de vista dogmático porém sem atender aos reclamos da política criminal, em contradição aos fins legitimadores do Direito Penal, não sendo, portanto, hábeis a solucionar adequadamente a questão.

A pedra basilar da teoria de Roxin é a política criminal, através da qual propõe uma reformulação das categorias do sistema penal, quais sejam, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade com base em valores políticos criminais, adequando-os à função destes.

Denominou-se a doutrina apresentada por Roxin, também, de funcionalismo teleológico, em razão de postular que o sistema penal deve orientar-se pela política criminal, dando-se ênfase à função do Direito delineando este como uma ciência valorativa do “dever ser”.

Postula Claus Roxin que o Direito não pode pautar-se exclusivamente em realidades naturalísticas prévias, acrescentando aos critérios ontológicos, trazidos por Welzel, aspectos axiológicos, ressaltando a importância de se compreender a natureza da conduta humana e as leis que regem seu funcionamento, não somente ocupado em atribuir-lhe um valor, uma vez que o Direito não se consubstancia numa ciência meramente causal-explicativa, mas também social e humana.

Assim como Honig, postula que somente é imputável o resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido pela vontade, afastando da tipicidade, ainda que existente o nexo de causalidade, os resultados não passíveis de previsão ou que não forem dirigidos pela vontade.

Abarca, dentro de sua visão do sistema penal, a teoria da imputação objetiva, que também se pauta nos valores político-criminais, formulando uma série de critérios normativos de imputação, desvinculados do sistema causal, para os delitos de resultado tanto dolosos quanto culposos.

A teoria da imputação objetiva desenvolve-se com fulcro no *incremento do risco*, segundo o qual se configura típico o comportamento que produz um incremento de risco ou lesão a um bem juridicamente tutelado. Para tanto, efetua-se a comparação entre a conduta efetuada e aquela dentro dos padrões de correção, situada dentro do risco permitido.

Com efeito, nos termos expostos por Roxin (ROXIN *apud* D'ÁVILA, 2001, p. 60):

*“Examine-se qual a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de acordo com os princípios do risco permitido; faça-se uma comparação entre ela e a forma de atuar do argüido, e comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a conduta incorreta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim for, existe uma violação do dever que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título de crime negligente. Se não houver aumento do risco, o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, conseqüentemente, deve ser absolvido”.*

Assim, afirma Roxin que um resultado causado por um agente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido e esse perigo também foi realizado no resultado concreto.

Configura-se, portanto, como princípio geral da teoria da imputação objetiva a criação pela conduta humana de um risco juridicamente relevante consolidado em um resultado típico igualmente relevante juridicamente.

Com o desenvolvimento do princípio do risco, Roxin elaborou como critérios da imputação objetiva: a) a diminuição do risco; b) a criação ou não-criação de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido; d) o âmbito de proteção da norma.

#### 4.2.1 Da diminuição do risco

Consiste o postulado na impossibilidade de se imputar objetivamente o resultado ao indivíduo que através de sua conduta diminui o risco sofrido pelo bem jurídico tutelado, ou seja, quando reduz a probabilidade de lesão deste. Afirma-se a ausência de tipicidade da conduta praticada pelo agente que vise reduzir ou retardar o perigo de um resultado juridicamente relevante, uma vez que não se configura como uma ação finalmente disposta a um menosprezo do bem jurídico, mas sim, diversamente, em atividade voltada à proteção deste bem.

Portanto, ainda que a conduta praticada pelo agente com o escopo de reduzir ou retardar a lesão ao bem jurídico naturalisticamente provoque um evento menos danoso, não se vislumbra na ação um desvalor àquele bem. Ou seja, ainda que os efeitos sejam previsíveis, o curso causal dominável e o resultado advindo seja juridicamente relevante, não incide sobre o agente o juízo de imputação, tendo em vista não ter sua conduta criado um risco proibido, mas sim atuado de forma a reduzir o perigo de lesão ao bem tutelado juridicamente, atuando em consonância à finalidade de proteção da norma, e não contra a mesma, razão pela qual não pode ser considerada típica.

Ressalta-se que, ainda que os bens jurídicos sejam diferentes, aplica-se o presente princípio desde que tenha o agente atuado com o intuito de proteger um bem jurídico mais relevante em detrimento de outro de menor importância.

Diversos exemplos são trazidos pela doutrina, tal como o caso em que um indivíduo, verificando que uma pedra irá atingir um terceiro, não podendo desviá-la por completo, interfere no curso causal de forma a desviar a pedra, tornando o golpe menos danoso. De igual modo temos o caso do médico que, com o intuito de impedir a morte do paciente, somente logra êxito em adiá-la.

Parte da doutrina afirma a possibilidade de se imputar o resultado ao agente quando este, podendo impedir totalmente a lesão, somente atua de forma a diminuí-lo. Contudo, tal posição é refutada por Roxin, que aduz ser idêntico o caso em que ocorre um aumento da expectativa de proteção do bem quanto aquele que ocasiona a diminuição do risco, razão pela qual não se configura como delito a ação praticada em ambos os casos.

Saliente-se, contudo, a inaplicabilidade do referido critério nos casos em que o agente ocupa posição de garante, tendo em vista ter criado um risco anterior,

vindo a atuar posteriormente no sentido de diminuir este, situação esta expressamente prevista no artigo 13, §2º, inciso III do Código Penal Brasileiro.

Mencionado critério, contudo, é objeto de contundentes críticas.

Parte da doutrina aduz que este critério abarca os casos amparados por uma causa de justificação, qual seja, estado de necessidade. Tal alegação é contestada por Roxin, que afirma que o reconhecimento da eximente implicaria no reconhecimento da tipicidade da ação, afirmando inexistir a realização de um risco a um bem jurídico, mas sim um atuar no sentido de evitar o resultado lesivo.

Outrossim, alega-se a inexistência de um resultado por parte daquele que presta o auxílio, tendo em vista ter sua conduta tão somente reduzido a do autor, sendo que o resultado concreto estará abarcado no resultado mais grave previsto pelo autor, o qual deverá responder ainda que a título de tentativa. Contudo, refuta-se tal idéia em face dos casos em que se questiona a conduta daquele que presta auxílio, situação freqüente dentro de um sistema penal que possibilita uma atividade abusiva dos acusadores. Ainda, afirma-se que o referido argumento não se apresenta eficaz nos casos em que o resultado seja decorrente de um curso naturalístico, onde inexistia um autor primário.

Outra crítica formulada ao referido critério consiste no fato de se incluir no tipo a solução de conflitos de interesse, cuja análise apresenta-se adequada nas causas de justificação.

#### **4.2.2 Da criação de um risco juridicamente relevante**

Refere-se este critério ao fato de somente existir imputação objetiva do resultado quando o agente, com sua conduta, cria ou realiza um perigo não permitido ou, diversamente, deixa de agir no sentido de reduzi-lo. Portanto, nos casos em que não se verifique a criação de um risco juridicamente relevante de lesão para um bem jurídico, ou quando ocorre sua diminuição, não se configurará a ação como típica.

No que concerne ao presente critério, verifica-se a existência de diversos exemplos casuísticos, os quais têm sido objeto de ampla discussão doutrinária.

O exemplo mais corriqueiro refere-se ao do sobrinho, único herdeiro da grande fortuna possuída pelo seu tio, que envia este a um bosque, durante uma



forte tempestade, com a esperança de que o tio venha a ser atingido por uma descarga elétrica que acarrete na morte deste, o que de fato ocorre.

Com base nos critérios da imputação objetiva, o resultado ocorrido não poderá ser imputado ao sobrinho, tendo em vista não ter sua conduta criado um risco juridicamente relevante. Com efeito, o ato de enviar seu tio a um bosque em meio a uma tormenta não se configura como algo proibido pela norma legal, em razão da extrema improbabilidade de através deste ato se alcançar a finalidade pretendida, configurando como irrelevante o perigo gerado. Verifica-se, desta forma, tão somente a esperança do agente.

Entretanto, ressalta Claus Roxin que, em caso diverso, tivesse o sobrinho enviado seu tio a um local conhecido por sua extrema suscetibilidade à queda de raios, ocorrendo o evento morte, ao mesmo deverá ser objetivamente imputado o resultado, pois sua conduta criou um risco juridicamente relevante.

Welzel refuta tal critério, aduzindo que no caso apresentado inexistente dolo. De fato, aduz o referido doutrinador que os casos em que se encontra ausente o requisito de criação do risco coadunam-se àquelas hipóteses em que inexistente verdadeiro dolo, em razão de não possuir o agente real controle sobre o processo causal, pois, embora de início ao processo causal, não tem sobre o mesmo influência, configurando-se em mero desejo.

Outro exemplo trazido pela doutrina refere-se ao caso em que “A” atira em “B” com o intuito de matá-lo, logrando êxito somente em feri-lo. Contudo, encaminhado “B” para o hospital em razão dos ferimentos, vem este a falecer no nosocômio face a um incêndio. Postula Roxin a impossibilidade de se imputar objetivamente a “A” o resultado morte, tendo em vista que o perigo de morte por disparo de arma de fogo criado por este não se consubstanciou na morte de “B” em decorrência do incêndio no hospital, pois o risco de que isto venha a ocorrer é mínimo, não possuindo relevância, razão pela qual responderá “A” tão somente pela tentativa de homicídio.

Welzel refuta este argumentado, aduzindo que, embora a ação de “A” é naturalisticamente causa da morte de “B”, não se encontra presente o dolo, pois o resultado concreto não foi finalmente disposto por este. Neste caso, ocorrerá o desvio essencial do curso causal, nos quais a circunstância superveniente, por si só, é causa eficiente do resultado.

Critica-se o presente critério aduzindo-se que este, de fato, coincide com o incremento do risco permitido, pois somente quando se aumenta este é que se tem um risco juridicamente relevante. Ainda, afirma-se não se configurar este como um critério geral de imputação no âmbito do tipo de injusto, pois o perigo de lesão ao bem jurídico já foi avaliado pelo legislador no momento em que este delimita os níveis tolerados pela sociedade.

#### **4.2.3 Do incremento do risco permitido**

O presente critério aplica-se, principalmente, aos casos em que a conduta comporta uma certa periculosidade, sendo autorizados pelo ordenamento jurídico, dentro de um certo limite de tolerância, socialmente aceita por se configurarem em necessários à sociedade. Coaduna-se com a proibição aos comportamentos que extrapolem os limites permitidos pelo Direito.

Consiste, na realidade, em um desdobramento do critério anteriormente exposto, sendo indubitável que o aumento do risco permitido também se configura como a criação de um risco proibido, sobressaindo-se tão somente o juízo negativo do princípio em análise, qual seja, a afirmação de que o resultado não pode ser imputado ao agente quando este atua dentro dos limites do risco permitido.

Ressalta-se, dentro deste critério, os casos em que, apesar de agir o agente em inobservância ao dever de cuidado, de forma a criar um aumento do risco permitido, não será a este imputado quando o risco não se consubstanciou no resultado. De forma a explicitar esta regra, traz Claus Roxin o caso do gerente de uma fábrica de pincéis que fornece aos seus trabalhadores matéria-prima, consistente em pincéis de pêlos de cabras, não desinfetada, provocando a morte destes. Entretanto, verifica-se que a desinfetação comum dos pincéis não seria hábil em eliminar a possibilidade de as mortes virem a correr, razão pela qual se afasta a imputação objetiva, uma vez que o risco não se consubstanciou no resultado.

Sob o prisma finalista, ainda que se verifique a relação causal no caso em comento, padece esta da relação entre a infração do dever de cuidado e o resultado produzido. Critica-se o presente princípio, portanto, sob a alegação de tratar-se de mera repetição da infração do dever de cuidado.

#### 4.2.4 Do âmbito de proteção da norma

Consiste na aplicação da norma em consonância à sua finalidade, com base em seu âmbito de proteção. Destarte, deverá o aplicador do direito, face ao caso concreto, excluir a imputação quando verificar que a conduta do agente não está compreendida no âmbito de proteção da norma.

Verifica-se, portanto, que figura como imprescindível para a imputação do resultado que o aumento ou a realização do risco esteja vinculado ao fim de proteção da norma de cuidado violada.

Referido critério afasta a imputação, portanto, das hipóteses em que o risco criado não se consubstanciou no resultado lesivo concreto, ou quando este é reflexo do risco, sendo que, contudo, o mesmo não se encontra dentro do âmbito de proteção da norma, bem como nos casos em que as consequências sejam secundárias não vinculadas ao agente.

De forma salutar, leciona D'ÁVILA (2001, p.66):

Muitas vezes, o resultado lesivo não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do efetivamente lesado, o que, por conseguinte, acarreta a impossibilidade de imputação. (...) Em outras palavras, há uma necessidade explícita de que o evento lesivo seja o resultado da negligência, ou seja, do perigo decorrente da inobservância do cuidado devido, que, por conseguinte, delimita o alcance do injusto culposos.

Outrossim, com fulcro nos ensinamentos de Feijóo Sánchez, assim como o dolo deve abarcar a produção do resultado típico para a configuração de um crime doloso consumado, será necessário que a negligência abarque o resultado típico para que este seja imputado ao agente a título de culpa (SANCHEZ *apud* D'ÁVILA, 2001, p.67).

Um exemplo que bem ilustra o presente critério, citado por Claus Roxin (ROXIN *apud* CAMARGO, 2002, pág. 80), consiste no caso dos dois ciclistas que seguem por uma via, estando um atrás do outro, ambos sem iluminação em suas bicicletas. O ciclista da frente se choca com outro que viria em sentido contrário. O acidente em questão poderia ser evitado se o ciclista de trás possuísse farol em sua bicicleta, para iluminar o da frente. Porém, o bom senso indica a impossibilidade de lhe ser imputado o resultado, pois não está no âmbito de proteção da norma que o

dever de cuidado do ciclista de trás exista para impedir acidentes envolvendo personalidades alheias, sobre as quais não possui nenhuma responsabilidade.

Outro caso hipotético trazido por Damásio de Jesus (2002, p. 90) é o da mãe da vítima de latrocínio que, ao ser informado sobre a morte do filho, sofre um ataque cardíaco e morre. Esta segunda morte não pode ser imputada ao latrocida, que só responde pelas lesões jurídicas imediatamente produzidas pelo perigo advindo de sua conduta. A morte da mãe da vítima não se encontra no campo de proteção da norma incriminadora que define o latrocínio.

### 4.3 A CONCEPÇÃO DE GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs, catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, Alemanha, embora discípulo de Welzel, propõe a criação de um novo sistema penal livre dos conceitos finalistas, afirmando a necessidade de reconstrução da dogmática criminal em função do próprio Direito Penal, em acentuada normatização dos conceitos.

Com efeito, Jakobs, dentro do movimento funcionalista, elabora sua doutrina através da qual busca romper totalmente com o finalismo, postulando a criação de um novo sistema, razão pela qual seu posicionamento é considerado, pela doutrina majoritária, como radical.

Em face das contundentes críticas dirigidas à sua doutrina, adotou Jakobs uma postura diversa, passando a afirmar não ter o intuito de substituir a dogmática penal vigente, mas tão somente completá-la de forma a suprir suas lacunas. Contudo, questiona as bases sob as quais se ergue a doutrina finalista, de forma a ameaçar sua validade, ocasionando o detrimento desta em prol de uma nova proposta na qual afasta a interferência de dados ontológicos.

Adepto veemente da corrente funcionalista, postula que os fins legitimadores da norma penal residem na manutenção da confiança da norma, ou seja, a finalidade do Direito consiste na garantia de vigência da lei, finalidade esta que deve nortear as categorias da norma penal. Diverge Jakobs, portanto, quanto à função do Direito pugnada por Roxin, para o qual a finalidade da norma legal residia na proteção dos bens jurídicos.

Destarte, ensinam PRADO E CARVALHO (2002, P.110):

O princípio fundamental da teoria da imputação objetiva é o que se segue: o mundo está ordenado de modo normativo, com lastro em relações de competência, e o significado de cada comportamento depende de seu contexto social. Em síntese: é preciso delimitar comportamentos socialmente adequados daqueles que são socialmente inadequados. Só através dessa fixação de parâmetros é possível determinar qual o comportamento exigível de uma pessoa em determinado contexto. E se a pessoa não cumpre tal exigência, seu comportamento adquire um significado delituoso.

Jakobs propõe em sua teoria quatro critérios fundamentais de imputação: o risco permitido; o princípio de confiança; a proibição de regresso e a competência da vítima.

No que concerne ao risco permitido, define-o normativamente “como o estado normal de interação, ou seja, como o *status quo* de liberdades de atuações vigentes, desvinculando-o da ponderação de interesses que deu lugar a seu estabelecimento” (PRADO E CARVALHO, 2002, p.110). Adota a mesma definição de risco permitido de Claus Roxin, estando o risco permitido, entretanto, vinculado à configuração da sociedade, não tendo por escopo resolver um conflito de interesses, mas sim estabelecer quais são as hipóteses normais de interação.

Fundamenta-se o princípio da confiança no dever de todas as pessoas de atuarem de forma diligente, em consonância às normas da sociedade, de forma a evitar danos a terceiros. Outrossim, não se exige do indivíduo que este controle, de maneira permanente, as atividades dos demais.

Portanto, “não realiza conduta típica quem, agindo de acordo com o direito, envolve-se em situação em que terceiro, descumprindo seu dever de cuidado, permite a produção de resultado danoso, não obstante o conhecimento geral de que as pessoas cometem erros. O efeito é, pois, a exclusão da tipicidade da conduta” (DAMÁSIO, 2002, p. 47).

Configura-se a proibição de regresso no critério através do qual se exclui do alcance da imputação os comportamentos que, de um modo invariavelmente considerados, são inofensivos. Destarte, procura-se impedir que a imputação de resultados lesivos se estenda a autores mediatos que não tiveram parte na conduta violadora da norma, coibindo assim o regresso *ad infinitum*.

Com efeito, aduz Jakobs (2000, p. 27) que “quem assume com outro um vínculo que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não viola seu papel como cidadão, ainda que outro incorpore esse vínculo numa atividade não permitida”.

Por fim, no que tange à competência da vítima, tem-se que a esta deve ser imputado o resultado lesivo face ao seu comportamento. Neste diapasão afirma Jakobs que a configuração de um contrato social pode ser de competência não só do autor, mas também da vítima, a qual pode ser verificada em dois sentidos: pode ser que o próprio comportamento da vítima fundamente que se lhe impute a consequência lesiva, e pode ser que a vítima esteja na lastimável situação de encontrar-se nessa posição por obra do destino, por infortúnio.

Configuram-se nesta hipótese duas situações de destaque, quais sejam, aquela concernente à posição da vítima e as ações a próprio risco.

A primeira hipótese refere-se aos casos em que a vítima encontra-se em tal posição peculiar que o resultado lesivo somente pode ser imputado como obra da fatalidade. No âmbito das fatalidades decorrentes da posição da vítima, atualmente tem-se como exemplo os casos concernentes à eutanásia, cuja legalidade encontra-se sendo alvo de inúmeros debates. Expõe Jakobs que, no âmbito dos cuidados intensivos, é lícito suspenderem-se determinadas prestações que se realizam por meio de aparelhos que conservam a vida do paciente quando ditas prestações não estejam indicadas medicamente. Nessas hipóteses, ainda que a desconexão dos aparelhos, é dizer, um atuar positivo, tenha efeitos causais a respeito da morte do paciente, o médico se mantém dentro do seu papel e não se atribui uma atividade alheia: pelo contrário, constitui uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de maneira propensa a sofrer dano.

Outrossim, verifica-se a extrema relevância dos casos em que existe o consentimento do ofendido, cuja validade depende de que este tenha conhecimento do risco ao qual se submete.

Neste caso, tem-se uma lesão ao dever de auto-proteção pela vítima, ou o seu próprio consentimento como ato voluntário, assumindo o ofendido um contato social arriscado, razão pela qual deve suportar os frutos e consequências de seu comportamento, que conforme um prognóstico objetivo são previsíveis. Temos como exemplo o praticante de esportes radicais, o qual não poderá imputar ao seu instrutor, que agira de forma adequada e em observância ao dever de cuidado, pelas lesões que sobrevierem. De igual modo poderá ser aplicado o critério em comento nos casos concernentes à lesões sofridas pelo pugilista durante uma luta de boxe, o indivíduo que matem relações sexuais com pessoa que se prostitui, conhecedor de seus hábitos promíscuos, pela contaminação pelo vírus HIV.

Tal problemática ganhou destaque no âmbito jurídico face à decisão prolatada pelo Superior Tribunal Alemão, através do qual aquela excelsa corte de Justiça absolveu um réu acusado de homicídio culposo, em razão de ter fornecido a um dependente químico seringa com heroína, que foi injetada pela vítima, ocasionando a morte desta, sob a alegação de ser notório o perigo de se utilizar drogas, reconhecendo ter o ofendido se autocolocado em perigo e afastando, portanto, a imputação do autor.

Alguns doutrinadores refutam o referido critério, alegando, para tanto, a existência de direitos indisponíveis, razão pela qual o consentimento do ofendido não teria relevância.

## 5. CONCLUSÃO

Apesar de ocupar posição de destaque na respeitada doutrina alemã e espanhola, a Teoria da Imputação Objetiva vem encontrando grande resistência perante a doutrina nacional, obtendo pouca aceitação. Entretanto, tendo em vista buscar trazer ao estudo do delito orientações político-criminais, de forma a afastar o excessivo tecnicismo do finalismo, não deve a mesma ser refutada de plano.

Com efeito, em que pese tratar-se de matéria que ainda prescinde de uma maior análise e estudos mais aprofundados, encontrando-se ainda em fase de elaboração, estando a doutrina ainda conflitante no que tange à sua sistematização, princípios e critérios, não se pode duvidar da inegável contribuição por esta trazida à Ciência Penal, permitindo uma discussão didática do delito e uma reavaliação do sistema finalista atualmente predominante, buscando definir o fato delituoso com base na função do Direito Penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos.

Trazer ao Direito Penal os interesses da sociedade avaliados em consonância à sua atual situação e colocando-os em posição privilegiada, configura-se de salutar importância para que se garanta a credibilidade do sistema normativo pátrio. Ainda, não há que se olvidar a falência do sistema penitenciário, o qual clama por ajuda, face, entre outros fatores, ao excessivo número de condenações que impõem como pena a detenção ou reclusão, mas que resta evidente o excesso da sanção imposta ou sua inadequação ao caso concreto.

Outrossim, os princípios trazidos pela Teoria da Imputação Objetiva permitem uma aplicação do Direito mais em consonância aos interesses da sociedade, sendo passível de evoluir juntamente com a mesma, não restando inerte face ao desenvolvimento desta, sob pena de restar obsoleto e ineficaz.

Resta indubitável a fragilidade, no momento atual, dos critérios utilizados e seus fundamentos, razão pela qual se impõe a ampliação dos estudos concernentes à matéria dentro do âmbito nacional, os quais, ressalta-se, devem ser efetuados não com o intuito de tão somente refutá-la, mas, diversamente, de buscar agregar a esta novos elementos, auxiliando-a em sua evolução, sob pena de manter-se um sistema penal não mais apto a satisfazer sua finalidade precípua.



## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Paulo Cezar Rodrigues de. **Imputação Objetiva**. DireitoNet, São Paulo, 20 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/44/2044/>>. Acesso em: 05 jun.

BRUNO, Aníbal. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Forense, 1967.

CALHA. Lélío Braga. **Revista De Direito Penal**. Disponível em: [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br)

CAPEZ, Fernando. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HENRIQUES, Jose Carlos. **Teorias da Imputação Penal Objetiva: conceito jurídico-penal de imputação objetiva**. DireitoNet, São Paulo, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/01/2001/>>. Acesso em: 11 jun. 2005

JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de: André Luís Callegari. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Crime impossível e imputação objetiva** . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2591>>. Acesso em: 18 jul. 2004

JESUS, Damásio. **Imputação Objetiva**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA FILHO, Elias Augusto de. **A contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado** . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 351, 23 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5386>>. Acesso em: 18 jul. 2004.

MACHADO, Luiz Alberto. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Direito Criminal**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1985.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Pequeno passeio sobre a imputação objetiva** . Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2000>>. Acesso em: 15 jan. 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. Introdução e Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979..

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal** . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3474>>. Acesso em: 23 jun. 2005.

PIMENTEL, Patricia Barros. **Principais aspectos da Teoria da Imputação Objetiva**. DireitoNet, São Paulo, 25 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/88/2188/>>. Acesso em: 05 jun. 2005

PRADO, L. R.; e CARVALHO, E. M. de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma aproximação crítica a seus fundamentos**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Parte Geral. In:\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva nos Delitos Culposos**. Disponível em :<<http://www.wkve.com.br/forumjuridico/artigo10.htm>>. Acesso em 05 jun. 2005.

SILVA, Cleuton Barrachi. **Teoria da Imputação Objetiva**. In: "A priori". Disponível em <[http://www.apriori.com.br/artigos/teoria\\_da\\_imputacao\\_objetiva.shtml](http://www.apriori.com.br/artigos/teoria_da_imputacao_objetiva.shtml)>. Acesso em: 07 jun. 2005

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti. **Imputação objetiva no Direito Penal pátrio: pequenos apontamentos introdutórios**. DireitoNet, São Paulo, 14 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/95/77/957/>>. Acesso em: 11 jun. 2005

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito – Variações e Tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, E. R.; e PIERANGELI, J. H. Parte Geral. In: \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.